

**2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil –
allgemein / Droit des obligations –
Partie spéciale – en général**

2.7.2.1. Kauf, CISG und Tausch / Vente, et échange

**(5) Das fleckig gewordene Glas – Zur Alternativität der
Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung
und allgemeiner vertraglicher Haftung.**

Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, 19. Februar 2007,
B.Y. AG gegen E. Versicherungsgesellschaft (4C.300/2006),
BGE 133 III 335 (E. 4 und E. 5 nicht amtlich publiziert).

Mit Bemerkungen von Prof. Dr. THOMAS KOLLER,
Zivilistisches Seminar, Bern



Sachverhalt:

"A. Am 13. August 1999 kaufte die A. AG (Käuferin) bei der B.X. AG (Verkäuferin) als 'Z.-Glas' bezeichnetes Brandschutzglas. Die Verkäuferin bestellte das Glas bei der C. AG in Bern, welche es im Jahr 1999 direkt der Käuferin lieferte, die es in die Fassade der Bank D. einbaute. Im Dezember 2001 meldete diese Bank der Käuferin, dass auf dem Glas in Abständen von ca. 2 cm Flecken entstanden seien. Nachdem feststand, dass diese auf Fehler bei der Produktion des Glases in der Floatglashütte in F. (F) zurückzuführen waren, lieferte die Verkäuferin der Käuferin neues Z.-Glas. Die Käuferin baute dieses an Stelle des alten Glases in die Fassade der Bank D. ein und verlangte von der Verkäuferin mit Rechnung vom 25. März 2002 den Ersatz der Umglassungskosten von Fr. 15 480.– (ohne Mehrwertsteuer).

Die C. Holding AG hatte mit der E. Versicherungsgesellschaft, Bern, eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen, welche auch die Haftung der C. AG, Bern, einschloss. Das versicherte Risiko wurde mit 'Verarbeitung, Vertrieb und Montage von Glas aller Art' umschrieben. Gemäss Art. 7 lit. d der Allgemeinen Versicherungsbedingungen waren vertraglich übernommene – über die gesetzliche Haftung hinausgehende – Ansprüche nicht versichert.

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 19. Juni 2003 übertrug die C. AG den Geschäftsbereich Brandschutz und alle Rechte und Forderungen aus bestehenden Rechtsverhältnissen betreffend diesen Bereich auf die B.Y. AG mit Sitz in Bern. Diese übernahm mit Fusionsvertrag vom 19. Juni 2003 zudem die Verkäuferin.

B. Am 31. Januar 2005 klagte die B.Y. AG beim Gerichtspräsidenten 7 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen gegen die E. Versicherungsgesellschaft auf Zahlung von Fr. 15 480.– nebst Zins zu 5% seit Klageeinreichung. Zur Begründung der Klage führte die Klägerin insbesondere an, die C. AG sei bezüglich ihrer Haftung für Umglassungskosten der Käuferin bei der Beklagten versichert gewesen, weshalb diese dafür aufzukommen habe. Die Forderung der C. AG gegenüber der Beklagten sei mit Vertrag vom 19. Juni 2003 auf die Klägerin übergegangen.

Mit Urteil vom 4. November 2005 wies der Gerichtspräsident 7 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen die Klage ab. Dagegen appellierte die Klägerin an das Obergericht des Kantons Bern, welches die Appellation mit Urteil vom 13. Juni 2006 abwies.

C. Die Klägerin erhebt eidgenössische Berufung mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. Juni 2006 sei aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht weist die Berufung ab."

Erwägungen:

"2./2.1 Vor Bundesgericht ist nicht mehr strittig, dass die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der C. AG aktivlegitimiert ist, dieser vor dem 19. Juni 2003 zustehende Versicherungsforderungen gegenüber der Beklagten zu erheben. Umstritten ist dagegen, ob die C. AG gesetzlich zum Ersatz

der Umglasungskosten verpflichtet war und ihr damit gegenüber der Beklagten Versicherungsschutz zustand. Das Obergericht verneinte dies, weil es annahm, eine entsprechende Schadenersatzforderung falle unter den in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehenen Deckungsausschluss, da innert der Jahresfrist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR keine Mängelrügen erhoben worden und damit die Ansprüche aus Sachgewährleistung verjährt gewesen seien. Zwar könnten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung neben diesen Ansprüchen konkurrierend auch Ansprüche wegen nicht gehöriger Erfüllung gemäss Art. 97 ff. OR geltend gemacht werden. Das Bundesgericht setze der Alternativität dieser Rechtsbehelfe jedoch Schranken, da es Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche, die der Käufer aus Mängeln der Kaufsache ableite, in Bezug auf seine Prüfungs- und Rügepflichten und die Verjährung den gleichen Vorschriften unterstelle. Diese Rechtsprechung sei zu billigen.

2.2 Die Klägerin anerkennt, dass ihre Ansprüche aus Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR) bei Anwendbarkeit der einjährigen Frist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR verjährt sind. Sie ersucht jedoch das Bundesgericht, seine Praxis dahingehend abzuändern, dass es nunmehr die Untersuchungs- und Anzeigeobligationen nach Art. 201 Abs. 1 OR und die Verjährung nach Art. 210 Abs. 1 OR nicht auf Schadenersatzforderungen anwendet, welche dem Käufer gestützt auf die allgemeine Vertragshaftung zustehen. Zur Begründung führt die Klägerin zusammengefasst an, der vom Bundesgericht anerkannte Grundsatz, dass sich der Käufer neben der Haftung aus Sachgewährleistung alternativ auch auf die allgemeine vertragliche Haftung berufen könne, sei nicht durch die Anwendung der kurzen gewährleistungsrechtlichen Rüge- und Verjährungsfristen wieder einzuschränken. Vielmehr seien die beiden alternativ anwendbaren Normenkomplexe dem wahlberechtigten Käufer integral zur Verfügung zu stellen, weil zwischen den Normen der beiden Komplexe ein ausgleichendes Verhältnis von Vor- und Nachteilen für den Käufer bzw. Gläubiger bestehe. So habe das Bundesgericht in BGE 82 II 411 S. 422 f. anerkannt, dass die in der Rügepflicht und in der kurzen Verjährung liegende Beschränkung lediglich das Gegenstück zu der weitgehenden Begünstigung sei, die dem Käufer durch das Gewährleistungsrecht eingeräumt werde. Daraus folge, dass bei der allgemeinen Vertragshaftung, wo dem Käufer die Begünstigung des Gewährleistungsrechts durch eine Kausalhaftung des Verkäufers und die Wahlmöglichkeit zwischen Wandelung und Minderung nicht gewährt werde, das "Gegenstück", nämlich die kurze Verjährung, entfalle. Der Verkäufer bedürfe nur bezüglich der verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche, nicht jedoch bezüglich der allgemeinen verschuldensabhängigen Schadenersatzansprüche des Schutzes durch kurze Fristen. Dass auf Schadenersatzansprüche Art. 210 Abs. 1 OR nicht anwendbar sei, ergebe sich auch daraus, dass diese Bestimmung gemäss ihrem Wortlaut nur Klagen "auf Gewährleistung" wegen Mängel der Sache erfasse. Demnach komme im vor-

liegenden Fall die ordentliche zehnjährige Verjährung zur Anwendung, welche nicht eingetreten sei.

2.3 Die von der Klägerin verlangte Änderung der Rechtsprechung ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Gerichten ist es nicht verwehrt, eine bisher geübte Praxis zu ändern, wenn sie zur Einsicht gelangen, dass eine andere Rechtsanwendung dem Sinn des Gesetzes oder veränderten Verhältnissen besser entspricht. Eine Praxisänderung muss sich jedoch auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte bisherige Praxis befolgt wurde (BGE 127 I 49 E. 3c S. 52; 126 I 122 E. 5 S. 129, je mit Hinweisen). Ob die Voraussetzungen für eine Änderung der Rechtsprechung gegeben sind, ist im Folgenden zu prüfen.

2.4/2.4.1 Die Bestimmungen über die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache in Art. 197 ff. OR regeln den Anspruch des Käufers auf Ersatz der durch die Lieferung mangelhafter Ware verursachten Schäden, d.h. so genannter Mangelfolgeschäden, nur bezüglich der Wandelung des Kaufvertrages (vgl. Art. 208 Abs. 2 und 3 OR). Ansonsten wird die Haftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden in den Art. 197 ff. OR nicht geregelt (BGE 58 II 207 E. 1 S. 210; vgl. auch BGE 82 II 136 E. 3a S. 139). In der Lehre wird die Meinung vertreten, diese Lücke sei durch die analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR zu schliessen (SILVIO VENTURI, in: *Commentaire Romand, Code des obligations I*, N. 13 zu Art. 208 OR; GIGER, *Berner Kommentar*, N. 55 f. zu Art. 208 OR; PIERRE CAVIN, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/1, S. 104 f. und 112 f.; GILLES PETITPIERRE, *L'acheteur-revendeur et la responsabilité de l'article 208/II du Code des obligations*, in: *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, S. 329 ff., 332 f.; ALFRED SCHUBIGER, *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung OR 197 ff. – OR 97 ff.*, Diss. Bern 1957, S. 94; MARKUS NEUENSCHWANDER, *Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht*, Diss. Bern 1970, S. 78 f.). Das Bundesgericht lehnt eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR auf Fälle, in denen der Käufer keine Wandelung verlangt, ab (BGE 63 II 401 E. 2; 107 II 161 E. 7a S. 165 f.). Es räumt jedoch dem Käufer das Recht ein, aus einem Mangel der Sache nicht nur Gewährleistungsansprüche gemäss Art. 197 ff. OR, sondern alternativ auch Schadenersatzansprüche gemäss der allgemeinen Regelung der Haftung für nicht gehörige Erfüllung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR abzuleiten, wobei es die Alternativität insoweit einschränkt, als der Käufer in beiden Fällen die Untersuchungs- und Anzeigeobligationen gemäss Art. 201 OR erfüllen und die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 bzw. 219 Abs. 3 OR wahren muss (BGE 58 II 207 E. 1 und 2; 63 II 401 E. 3 S. 405 ff.; 90 II 86 E. 1; 107 II 419 E. 1; 114 II 131 E. 1a S. 134). Gemäss Art. 210 Abs. 1 OR verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt hat. Art. 210 Abs. 1^{bis} OR sieht für Kulturgüter im Sinne des

Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003 eine Sonderregelung vor.

2.4.2 Die Anwendung der Art. 201 und 210 bzw. 219 Abs. 3 OR auf alle aus Mängeln der Kaufsache abgeleiteten Schadenersatzansprüche wird von der herrschenden Lehre im Ergebnis befürwortet, zumal sie weitgehend annimmt, diese Ansprüche würden durch das Kaufrecht abschliessend geregelt, weshalb eine konkurrierende Anwendung von Art. 97 OR abzulehnen sei (ALFRED KOLLER/THEO GUHL, in: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., S. 392 f. Rz. 62; HEINRICH HONSELL, Basler Kommentar, 3. A., N. 6 der Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR; DERSELBE, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. A., S. 110; SILVIO VENTURI, a.a.O., N. 16 der Einführung zu Art. 197–210 OR; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, S. 50; PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. A., S. 94 Rz. 620 f.; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., S. 105 ff.; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., S. 97 f.; KATJA BÄHLER, Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht, Diss. Basel 2005, S. 167; PETRA GINTER, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Diss. St. Gallen 2004, S. 156; HANS-PETER KATZ, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973, S. 148 f.; SCHUBIGER, a.a.O., S. 110 f.; NEUENSCHWANDER, a.a.O., S. 88 f.; ROLF FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973, S. 86).

2.4.3 Demgegenüber vertritt namentlich GIGER die Meinung, bei Lieferung mangelhafter Ware solle der Käufer neben den Gewährleistungsansprüchen auch Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen in Art. 97 ff. OR geltend machen können, ohne die gewährleistungsrechtlichen Untersuchungs- und Anzeigebliedigkeiten und Verjährungsfristen einhalten zu müssen. Diese bildeten nach Systematik, Sinn und Geist des Gesetzes einfach das Korrelat dazu, dass die Sachgewährleistung verglichen mit den allgemeinen Rechtsbehelfen von Art. 97 ff. OR eine für den Käufer materiell günstigere Sonderordnung sei. Es befriedige deshalb nicht, die auf die Sachgewährleistung zugeschnittenen besonderen formellen Voraussetzungen auf die Ansprüche von Art. 97 ff. OR anzuwenden (GIGER, Berner Kommentar, 2 A., N. 26 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR; ihm folgend: KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. A., S. 106 f.; THOMAS ALEXANDER SCHLUEP, Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des Schweizer Kaufrechts, Diss. Bern 1989, S. 78; ROBERT SIMMEN, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags [OR 82] unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräusserungsverträgen, Diss. Zürich 1981, S. 86 f.).

2.4.4 Im gleichen Sinne hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Anfechtung eines Kaufvertrages wegen Grundlagenirrtums ausgeführt, die in der Rügepflicht und in der kurzen Verjährung liegende Beschränkung sei lediglich das Gegenstück zu der weitgehenden Begünstigung, die dem

Käufer durch das Gewährleistungsrecht eingeräumt werde (BGE 82 II 411 E. 6c S. 422 f., vgl. auch BGE 114 II 131 E. 1b S. 136 f.). Daran kann jedoch nicht festgehalten werden, soweit damit ausgesagt wird, der Zweck der erwähnten Bestimmungen erschöpfe sich im betreffenden Interessenausgleich. Vielmehr ist gemäss der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts davon auszugehen, die kurze Verjährung gemäss Art. 210 OR bezwecke zudem, im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit bald nach der Ablieferung eine klare Rechtslage zu schaffen (BGE 78 II 367 E. 2 S. 368; 102 II 97 E. 3b S. 102; vgl. auch BGE 58 II 207 E. 2 S. 213; 63 II 401 E. 3c S. 406 f.). Auch in der Lehre wird angenommen, nach Ablauf der kaufrechtlichen Verjährungsfrist solle der Verkäufer im Sinne des allgemeinen Verkehrsschutzgedankens davon ausgehen können, dass es mit der erfolgten Lieferung sein Bewenden hat und er das Geschäft endgültig 'abbuchen' kann (ERNST A. KRAMER, Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf, recht 15/1997 S. 78 ff., 80; vgl. auch: HONSELL, Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 210 OR; GINTER, a.a.O., S. 96; VENTURI, a.a.O., N. 1 zu Art. 210 OR; NEUENSCHWANDER, a.a.O., S. 89; SCHUBIGER, a.a.O., S. 109 ff.; HANS MERZ, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, S. 87 ff., 103 f.). Dieser Zweck des Verkehrsschutzes würde unterlaufen, wenn der Käufer aus Mängeln der gelieferten Sache Schadenersatzansprüche ableiten könnte, ohne die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR einhalten zu müssen. Diese Bestimmung muss daher gemäss ihrem Zweck als vorrangige Spezialnorm qualifiziert werden, welche alle aus der mangelhaften Lieferung abgeleiteten vertraglichen Schadenersatzansprüche erfasst (vgl. BGE 58 II 207 E. 2 S. 213). Damit wird eine Harmonisierung mit dem Werkvertragsrecht erreicht, das die Schadenersatzansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes in Art. 368 OR abschliessend regelt (vgl. BGE 100 II 30 E. 2 S. 32 f.; 117 II 550 E. 4b/cc S. 553) und vorsieht, dass diese Ansprüche gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers verjähren (Art. 371 Abs. 1 OR). Demnach verjähren auch beim Werkvertrag alle aus Mängeln beweglicher Werke abgeleiteten Schadenersatzansprüche nach Art. 210 OR, was dem Gleichbehandlungsprinzip entspricht (vgl. TERCIER, a.a.O., S. 94 Rz. 621). Auch bezüglich der Untersuchungs- und Rügebliedigkeiten gemäss Art. 201 OR ist von einem Vorrang gegenüber den Regeln des allgemeinen Teils auszugehen. Dies ist insbesondere daraus abzuleiten, dass nach Art. 201 Abs. 2 und 3 OR die Sache hinsichtlich der Mängel, welche nicht rechtzeitig angezeigt wurden, als genehmigt gilt. Aus dieser Genehmigungsfiktion ist zu schliessen, dass vertragliche Ansprüche aus nicht rechtzeitig angezeigten Mängeln verwirkt sind, soweit keine absichtliche Täuschung des Käufers durch den Verkäufer im Sinne von Art. 203 OR vorliegt (BGE 67 II 132 E. 2 S. 135 f.; vgl. auch GINTER, a.a.O., S. 95 f.; a.M. KELLER/SIEHR, a.a.O., S. 106, die annehmen, mit 'Genehmigung' sei ausschliesslich gemeint, dass der Käufer seine Sachgewährleistungsansprüche verwirke, wenn er die Mängelrüge versäume). Nach dem Gesagten fehlen für die von der Klägerin beantragte Praxisänderung

sachliche Gründe, weshalb die bisherige Rechtsprechung zu bestätigen ist. Das Obergericht hat daher bundesrechtskonform erkannt, allfällige vertragliche Schadenersatzansprüche der Klägerin aus Lieferung mangelhaften Glases durch die C. AG seien verjährt.

3. ...

4./4.1 Alsdann macht die Klägerin dem Sinne nach geltend, zutreffend sei, dass das Z.-Glas nur der Gattung nach bestimmt worden und das gelieferte Glas wegen seiner Fleckenbildung von unterdurchschnittlicher Qualität gewesen sei und damit Art. 71 Abs. 2 OR verletzt habe. Das Obergericht habe jedoch nicht beachtet, dass das Glas mit dieser Fleckenbildung auch nicht der Gattung 'Z.-Glas' entsprochen habe, weshalb eine aliud-Lieferung vorliege, welche nicht der Sachgewährleistung unterstehe.

4.2 Diese Rüge ist offensichtlich unbegründet, legt doch die Klägerin nicht dar, welche vereinbarten Gattungsmerkmale dem gelieferten Glas gefehlt haben sollen, was auch nicht ersichtlich ist. Damit liegt keine aliud-Lieferung vor (vgl. BGE 121 III 453 E. 4a S. 457).

5./5.1 Das Obergericht nahm an, eine fristgerechte Irrtumsanfechtung durch die Käuferin sei weder behauptet noch bewiesen. Zudem habe die erste Instanz in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Gattungskauf die Irrtumsanfechtung nur erfolversprechend sei, wenn die gesamte Gattung mangelhaft sei, sich also der Irrtum auf die Eigenschaft der ganzen Gattung beziehe. Davon könne hier keine Rede sein, weshalb nicht ein Irrtum bei Vertragsschluss, sondern nur eine mangelhafte Leistung vorliege.

5.2 Die Klägerin macht geltend, nach der Bundesgerichtspraxis könne auch ein Irrtum über künftige Tatsachen einen Grundlagenirrtum begründen, wenn eine Partei fälschlicherweise annehme, ein zukünftiges Ereignis sei sicher und die Gegenpartei hätte erkennen müssen, dass diese Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war. Vorliegend habe die Käuferin mit Sicherheit angenommen, das künftig zu liefernde 'Z.-Glas' werde keine Fleckenbildung aufweisen, was für die Käuferin erkennbare Vertragsvoraussetzung gewesen sei.

5.3 Wird eine bloss der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so muss der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könnte. Demnach kann beim Gattungskauf die Mängelfreiheit der künftigen Lieferung keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden (vgl. HONSELL, Basler Kommentar, 3. A., N. 9 der Vorbem. zu Art. 197–210 OR; KELLER/SIEHR, a.a.O., S. 108). Das Obergericht hat daher zutreffend angenommen, die mangelhafte Lieferung habe keinen Grundlagenirrtum begründen können."

Bemerkungen:

1. Formell ging es im vorliegenden Fall um Ansprüche aus einem *Versicherungsvertrag*. Da die beklagte Versiche-

rungsgesellschaft der klagenden Rechtsnachfolgerin der Versicherungsnehmerin im Wesentlichen *Deckung gegen gesetzliche Haftpflichtansprüche aus dem Verkauf von Glas* versprochen hatte, war aber *vorfrageweise* zu prüfen, ob die Versicherungsnehmerin in ihrer Eigenschaft als Verkäuferin der Käuferin aus der Lieferung mangelhaften Glases nach den gesetzlichen Vorschriften schadenersatzpflichtig geworden war. *Materiell hatte daher das Verfahren ein kaufrechtliches Problem zum Gegenstand.*

2.a) Der Sachverhalt präsentiert sich in casu wegen der konzernrechtlichen Umstrukturierungen auf Seiten der Klägerin (und nicht zuletzt auch wegen der fragwürdigen Anonymisierung des Urteils durch das Bundesgericht für die Publikation) relativ kompliziert. Das Kernproblem, um das sich das vorliegende Verfahren drehte, lässt sich vereinfacht wie folgt darstellen: Ein Unternehmer verpflichtet sich zum Einbau eines bestimmten Materials, hier von Glas, in ein Gebäude und bezieht dieses Material bei seinem Lieferanten. Nach mehr als einem Jahr nach der Lieferung des Materials, aber weniger als fünf Jahre vor der Vollendung des Einbaus durch den Unternehmer, treten Mängel am Werk zu Tage, die auf Mängel am Material zurückzuführen sind. Dem Bauherrn stehen daher gegen den Unternehmer und Käufer des Materials Ansprüche aus werkvertraglicher Gewährleistung nach Art. 368 OR zu. Diese Ansprüche sind noch nicht verjährt, weil der Unternehmer dem Besteller bei einem unbeweglichen Bauwerk gemäss Art. 371 Abs. 2 OR während fünf Jahren seit der Abnahme Gewähr zu leisten hat (vgl. etwa BGE 121 III 270 betreffend den Einbau von Rollläden in ein Gebäude; zur im Einzelnen oft komplizierten Abgrenzung von Art. 371 Abs. 2 zu Abs. 1 OR PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Rz. 2220 ff., sowie GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Art. 371 N 19 ff., in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. A., Basel 2007). Diese fünfjährige Frist gilt auch dann, wenn die Mängel am Bauwerk auf Mängel des eingebauten Materials zurückzuführen sind (BGE 117 II 425). Verständlicherweise möchte der Unternehmer für den ihm daraus entstehenden Schaden, z.B. bestehend in den Kosten für die Nachbesserung nach Art. 368 Abs. 2 OR, auf den Materiallieferanten regressieren. Dieser Rückgriff beurteilt sich je nach den Umständen nach Kaufrecht oder nach Werkvertragsrecht. Da es sich beim Kaufgegenstand um eine bewegliche Sache handelt, beläuft sich die gesetzliche Gewährleistungsfrist des Verkäufers nach Art. 210 Abs. 1 OR bloss auf ein Jahr; die Gewährleistungsansprüche des Unternehmers gegen den Materiallieferanten sind somit verwirkt und verjährt (zur Doppelfunktion der Frist von Art. 210 Abs. 1 OR siehe EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 94 f.; THOMAS KOLLER, Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht [CISG] und nationalem Partikularrecht, recht 2003, 41 ff., spez. 44, m. Hw. zu abweichenden Auffassungen; ungenau BGE 94 II

357 E. 4a). Der Schaden bleibt mithin – bildhaft gesprochen – am Unternehmer hängen. Dasselbe gilt, wenn es sich beim Vertrag zwischen dem Unternehmer und seinem Lieferanten um einen Werkvertrag handelt: Massgebend ist diesfalls die Einjahresfrist von Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR; das Bundesgericht hat es ausdrücklich abgelehnt, die Fünfjahresfrist von Art. 371 Abs. 2 OR auf den Hersteller beweglichen Materials auszudehnen, der es nicht selbst in ein unbewegliches Bauwerk einbaut, sondern nur zum Einbau liefert (BGE 120 II 214).

In der Praxis treten diese Fälle deshalb häufig ein, weil die beiden in Frage stehenden Gewährleistungsfristen nicht kongruent, sondern sogar extrem unterschiedlich sind. Allerdings kann sich das Problem auch bei gleich langen Gewährleistungsfristen ergeben, so etwa wenn bei einem Kettenverkauf der Zwischenhändler Ware während längerer Zeit an Lager hält (was in der Praxis hauptsächlich bei teureren und besonders haltbaren Gütern vorkommt). Entdeckt und rügt der Abnehmer des Zwischenhändlers einen verdeckten Mangel der Kaufsache erst gegen Ende der für ihn geltenden Einjahresfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR, so ist es ohne weiteres möglich, dass zu diesem Zeitpunkt die für den Zwischenhändler gegenüber seinem Lieferanten geltende Einjahresfrist bereits abgelaufen ist.

b) In den skizzierten Fallkonstellationen trägt somit der Unternehmer oder Zwischenhändler das Risiko, beim Einbau bzw. bei der Lieferung mangelhafter Materials sämtliche Nachteile tragen zu müssen. Abhilfe ist nur möglich, wenn der Lieferant im Kaufvertrag eine längere Gewährleistungsfrist akzeptiert oder wenn er sich aus Goodwill bereit erklärt, trotz Ablaufs der Gewährleistungsfrist für die dem Unternehmer bzw. Zwischenhändler entstandenen Nachteile einzustehen. Zu ersterem kann er sich aufgrund der Marktverhältnisse gezwungen sehen, etwa wenn der Käufer über grosse Nachfragemacht verfügt (was oft bei grossen Detailhändlern der Fall ist). Letzteres kann erforderlich sein, wenn er beim Beharren auf dem Ablauf der Gewährleistungsfrist einen hohen Reputationsverlust befürchten muss. Unternehmer und Handwerker mögen in vielen Fällen keine grosse Nachfragemacht haben; sie schätzen es aber verständlicherweise nicht, auf den Nachteilen fehlerhafter Materiallieferungen sitzen zu bleiben, und können daher bei fehlender Kulanz eines Lieferanten dafür sorgen, dass dessen Ruf in der Branche massiv angeschlagen wird. Lieferanten können es sich daher je nach den Umständen gar nicht leisten, sich auf den Ablauf der gesetzlichen Gewährleistungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR zu berufen.

c) Im vorliegenden Fall scheint es sich um eine solche Konstellation gehandelt zu haben. Jedenfalls lieferte die Verkäuferin der Käuferin und Unternehmerin nach Ablauf der Frist von Art. 210 Abs. 1 OR neues Glas und übernahm offenbar die Kosten, welche der Unternehmerin aus der Umglasung entstanden waren. Ob dies aus Goodwill oder aufgrund einer vertraglich verlängerten Garantiefrist geschah, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. In der Folge ersuchte die Verkäuferin ihre Haftpflichtversi-

cherung um Übernahme der Umglasungskosten, was diese aber mit der Begründung ablehnte, *gemäss Versicherungsvertrag seien über die gesetzliche Haftung hinausgehende Ansprüche nicht versichert*. Damit musste der Schaden unweigerlich an der Lieferantin hängen bleiben, sofern es ihr nicht gelang, anstelle der Art. 197 ff. OR eine andere (käuferfreundlichere) gesetzliche Grundlage für ihre Haftung gegenüber der Käuferin zu finden. Als Vorfrage war daher darüber zu befinden, ob die Ansprüche der Käuferin gegen die Rechtsvorgängerin der Klägerin verjährt waren (und nicht "ihre Ansprüche" [d.h. die Ansprüche der Klägerin] aus Sachmängelgewährleistung, wie das Bundesgericht fälschlicherweise ausführt [E. 2.2.]). Aus dieser besonderen Prozesskonstellation erklärt es sich, weshalb in casu eine Verkäuferin versucht hat, beim Bundesgericht eine Praxisänderung zu erwirken, die zu einer wesentlich käuferfreundlicheren Rechtsprechung – mit signifikant höheren Haftungsrisiken für sämtliche Verkäufer – geführt hätte.

3.a) Konkret zur Debatte stand eine eigenartige, nicht sehr sinnvolle und (für allem für Studierende in den unteren Semestern) schwer verständliche langjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts (die bereits auf das aOR zurückgeht; vgl. dazu BGE 17 307 E. 8 S. 317 f.). Erwächst einem Käufer aus der Lieferung mangelhafter Ware ein Schaden, so stellt sich die Frage, ob sich ein allfälliger Schadenersatzanspruch ausschliesslich nach den Spezialregeln von Art. 197 ff. OR beurteilt oder ob alternativ auch die allgemeine Vertragshaftungsnorm von Art. 97 OR eine Anspruchsgrundlage zu bieten vermag. Das Bundesgericht hat in ständiger Praxis die Alternativität der Ansprüche aus Sachmängelgewährleistungsrecht und allgemeinem Vertragsrecht grundsätzlich bejaht, gleichzeitig aber auch eingeschränkt, indem es den auf Art. 97 OR gestützten Schadenersatzanspruch von der Einhaltung der Prüfungs- und Rügeobliegenheit gemäss Art. 201 OR sowie von der Wahrung der Verwirkungs- und Verjährungsfristen gemäss Art. 210 bzw. Art. 219 OR abhängig machte. Mit diesen Einschränkungen wird im Ergebnis allerdings die Alternativität zum toten Buchstaben: Die Berufung auf Art. 97 OR bringt dem Käufer letztlich nichts, was ihm bei sachgerechter Auslegung nicht schon gestützt auf Art. 197 ff. OR zusteht (ähnlich HEINRICH HONSELL, Vor Art. 197–210 N 6, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. A., Basel 2007 [im Folgenden: BSK OR I-HONSELL], und CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. A. Zürich 2004, N 356). Bildhaft gesprochen ist die eingeschränkte Alternativität weder Fisch noch Vogel. CAVIN spricht denn auch zutreffend vom "zwitterhaften Charakter der so konstruierten Klage" (PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, Schweizerisches Privatrecht Band VII/1, Basel und Stuttgart 1977, 112). Sinnvoller wäre es, entweder auf die Alternativität zu verzichten oder – was hier allerdings abgelehnt wird (vgl. unten Bemerkung 3e) – auf unbeschränkte Alternativität zu erkennen, wie das in casu die Verkäuferin angestrebt hat.

b) Der skizzierten eingeschränkten Alternativität kommt letztlich bloss die *Funktion der Lückenfüllung* zu. Die kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsregeln enthalten keine ausdrückliche Bestimmung über den Schadenersatzanspruch des Käufers für den Fall, dass dieser den Vertrag nicht wandelt, sei es, dass er Minderung nach Art. 205 OR, Nachlieferung nach Art. 206 OR oder ein vertraglich eingeräumtes Nachbesserungsrecht beansprucht, sei es, dass er ausschliesslich Schadenersatz verlangt (wie z.B. in BGE 17 307 ["Käseri-Fall"], 63 II 401 ["Boiler-Fall"] und 107 II 161 [Fall "Kilintra"]). Es wäre indessen nicht sachgerecht, dem Käufer nur bei einer Wandelung – gestützt auf Art. 208 OR – einen Schadenersatzanspruch zuzugestehen, in allen andern Fallkonstellationen aber nicht (so für den Fall der Minderung überzeugend das Bundesgericht in BGE 58 II 207 E. 1 S. 211 f.; vgl. ebenso BGE 82 II 136 E. 3a S. 139). Nun liesse sich eigentlich ein Schadenersatzanspruch des Käufers in all diesen Fällen leicht mit einer *analogen Anwendung von Art. 208 OR* begründen, der die Schadenersatzansprüche des Käufers bei einer Wandelung regelt. Die wohl herrschende Lehre vertritt diesen Standpunkt, während das Bundesgericht dies in konstanter Rechtsprechung ablehnt (vgl. dazu die Nachweise in E. 2.4.1 des besprochenen Urteils). Da das Bundesgericht den Käufer trotzdem – und zu Recht – nicht schutzlos bleiben lassen will, bleibt ihm praktisch nichts anderes übrig, als zur Begründung des Schadenersatzanspruchs in diesen Fällen auf Art. 97 OR zurückzugreifen. *Genau besehen ist das aber nur eine Notlösung*, was mit ein Grund dafür sein dürfte, dass sich das Bundesgericht nie zu einer unbeschränkten Alternativität durchringen konnte.

c) Bei genauerer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass die Problemlage etwas komplizierter ist. Art. 208 Abs. 2 OR stipuliert für den Fall einer Wandelung eine *Kausalhaftung des Verkäufers für unmittelbare Schäden*, während Art. 208 Abs. 3 OR bei mittelbaren Schäden von einer *Verschuldensvermutung* ausgeht und dem Verkäufer eine *Exkulpationsmöglichkeit* einräumt. Die Abgrenzung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden ist ausserordentlich heikel und umstritten. Im berühmten "Papageien-Fall" (BGE 133 III 257) hat das Bundesgericht zu dieser Frage ausführlich Stellung genommen (vgl. dazu ROLAND KELLER, Abgrenzung unmittelbarer und mittelbarer Schaden nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR, AJP 2007, 780 ff.; HEINRICH HONSELL, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts, recht 2007, 154 ff.). Da sowohl Art. 97 als auch Art. 208 Abs. 3 OR die Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr kennen, spielt es letztlich keine Rolle, welche dieser Normen angewandt wird, wenn mittelbare Schäden im Streit stehen und der Käufer den Vertrag nicht gewandelt hat (ähnlich HANS GIGER, Art. 208 OR N 55, in: Berner Kommentar Band VI/2/1/1, Bern 1979 [im Folgenden: BK-GIGER]). Ganz anders verhält es sich bei unmittelbaren Schäden. *Die analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR hätte zur Folge, dass die Kausalhaftung des Verkäufers auch dann zum Tragen käme, wenn der Käufer kei-*

ne Wandelung beansprucht. Genau dies hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnt (ausführlich dazu BGE 63 II 401 E. 2 S. 402 ff.; vgl. auch 107 II 161 E. 7a S. 165 f.; zustimmend zum Ergebnis BSK OR I-HONSELL, Art. 208 N 7). Darin liegt die eigentliche Tragweite der Anwendung von Art. 97 OR auf kaufrechtliche Gewährleistungsfälle.

Die wohl herrschende Lehre hat diese Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Recht kritisiert und geltend gemacht, Art. 208 Abs. 2 OR sei analog anzuwenden, wenn der Käufer Minderung, Nachlieferung oder Nachbesserung verlange (vgl. dazu einlässlich etwa SILVIO VENTURI, Art. 208 N 13, in: Commentaire Romand, Code des Obligations I, hrsg. von Luc Thévenoz/Franz Werro, Genève/Bâle/München 2003 [im Folgenden: CR CO I-VENTURI], sowie BK-GIGER, Art. 208 OR N 53 ff.; weitere Nachweise in E. 2.4.1 des hier besprochenen Urteils). Wie GIGER zutreffend ausführt, lässt sich ein unterschiedlicher Haftungsmassstab bei Wandelung gegenüber Minderung, Nachbesserung und Nachlieferung durch nichts rechtfertigen (BK-GIGER, Art. 208 OR N 56). Im "Papageien-Fall" (BGE 133 III 257) hätte die Rechtsprechung des Bundesgerichts z.B. zur Folge gehabt, dass der Käufer den eingeklagten Schadenersatz von rund Fr. 2 000 000.– nicht erhalten hätte, wenn er nicht auch den Kaufpreis von Fr. 4800.– zurückverlangt hätte. Dank eines offenkundig guten Anwalts kam der Käufer in den Genuss des "grossen Brockens", weil er es nicht versäumt hat, auch die Kleinigkeit zu verlangen (*ius est ars distinguendi* ...). Das ist nicht überzeugend. Statt die Schadenersatzansprüche des Käufers davon abhängig zu machen, welchen gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelf er sonst noch ausübt, wäre es – sofern man die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR als zu hart und als Fremdkörper im Haftungssystem des schweizerischen Vertragsrechts betrachtet (in diesem Sinn BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, a.a.O., 102 und 104 f.) – sinnvoller, diese Bestimmung als solche restriktiv zu interpretieren (CR CO I-VENTURI, Art. 208 N 14).

d) Im vorliegenden Fall stand nun allerdings die Frage der analogen Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR bei Minderung, Nachlieferung oder Nachbesserung nicht (direkt) zur Diskussion. Das Bundesgericht hätte sich aber trotzdem Gedanken darüber machen können, ob die Fortführung seiner Rechtsprechung zur beschränkten Alternativität der Ansprüche aus Art. 197 ff. OR und Art. 97 OR sinnvoll ist oder ob es nicht vorzuziehen gewesen wäre, auf die Alternativität ganz zu verzichten. In der Lehre wird z.T. geltend gemacht, *es würde der dogmatischen Klarheit dienen, bei Sachmängeln überhaupt nicht auf Art. 97 OR Bezug zu nehmen und die Ansprüche des Käufers ganz dem Gewährleistungsrecht einzugliedern* (THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 42 N 62; ähnlich CR CO I-VENTURI, Intro. art. 197–210 N 16; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. A. Bern 2006, 110). Das tönt überzeugend. Beim Werkvertrag hat das Bundesgericht ohne

Wenn und Aber eine Berufung des Bestellers auf Art. 97 OR ausgeschlossen und ausschliesslich die werkvertraglichen Sachmängelgewährleistungsrechte als anwendbar erklärt (BGE 100 II 30 E. 2 S. 32 f.; siehe auch 117 II 550 E. 4b S. 553; GAUCH, a.a.O., Rz. 2326). Warum diese einfache Lösung nicht auch beim Kaufvertrag gelten soll, ist nicht einzusehen (gl.M. PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. A., Zürich 2003, Rz. 621). Am Ergebnis hätte sich in casu nichts geändert, aber das Haftungssystem im Gewährleistungsrecht wäre deutlich vereinfacht und dem einheitlichen Haftungssystem des UN-Kaufrechts angenähert worden (vgl. dazu ansatzweise auch BUCHER, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, a.a.O., 106, der ausführt, die künftige Entwicklung werde vielleicht [nicht zuletzt gefördert durch das WKR] zu einer Verschmelzung beider Haftungsprinzipien führen). Bei späterer Gelegenheit hätte dann immer noch darüber befunden werden können, ob nur Art. 208 Abs. 3 OR oder auch – wie hier befürwortet – Art. 208 Abs. 2 OR analog auf Fälle anzuwenden ist, in denen der Käufer keine Wandelung verlangt.

e) Die volle Alternativität zwischen Art. 97 und Art. 197 ff. OR, wie sie in casu die Klägerin unter Berufung auf einen Teil der Lehre (vgl. dazu einlässlich etwa BK-GIGER, *Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR* N 26 ff., sowie MAX KELLER/KURT SIEHR, *Kaufrecht*, 3. A., Zürich 1995, 106 f.) verlangte, wäre demgegenüber nicht sinnvoll gewesen. *Art. 208 Abs. 3 OR, dessen Regelungsgehalt sich mit Art. 97 OR deckt, der aber den Besonderheiten des Sachmängelgewährleistungsrechts unterliegt, würde bei einer vollen Alternativität funktionslos* (ähnlich CAVIN, a.a.O., 112). Das Argument der Klägerin, die volle Alternativität der Ansprüche sei sachgerecht, weil der Verkäufer nur bezüglich der verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche, nicht jedoch bezüglich der allgemeinen verschuldensabhängigen Schadenersatzansprüche des Schutzes der kurzen Fristen von Art. 201 und Art. 210 Abs. 1 OR bedürfe (E. 2.2 des Bundesgerichtsurteils), überzeugt ebenso wenig wie die in der Lehre vorgebrachte Begründung, die strengen formellen Voraussetzungen von Art. 201, 202, 210 und 219 Abs. 3 OR würden nach Systematik, Sinn und Geist des Gesetzes einfach das Korrelat dazu bilden, dass die Sachmängelgewährleistung verglichen mit den allgemeinen Rechtsbehelfen von Art. 97 ff. OR eine für den Käufer materiell günstigere Sonderordnung sei (BK-GIGER, *Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR* N 26). Nicht nur die Rechtsbehelfe der Wandelung, der Minderung und beim Gattungskauf der Nachlieferung sowie der Schadenersatzanspruch des Käufers gestützt auf Art. 208 Abs. 2 OR, sondern auch der verschuldensabhängige Schadenersatzanspruch nach Art. 208 Abs. 3 OR bei der Wandelung unterliegen unbestrittenermassen den gewährleistungsrechtlichen Besonderheiten von Art. 201 und 210 Abs. 1 OR. *Dem Käufer über Art. 97 OR einen inhaltlich gleichen Anspruch einzuräumen, der nicht von der Beachtung der gewährleistungsrechtlichen Modalitäten abhängig ist, wäre ein Widerspruch im System.* Die Regeln des schweizerischen Sachmängelgewährleis-

tungsrechts sind zwar in verschiedenen Punkten nicht sachgerecht (so sinngemäss auch BK-GIGER, *Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR* N 27, und KELLER/SIEHR, a.a.O., S. 106 f., welche das Bedürfnis nach voller Alternativität von Art. 97 und Art. 197 ff. OR mit den Schwachpunkten des Gewährleistungsrechts begründen). Abhilfe kann hier aber nur der Gesetzgeber schaffen, und nicht eine Rechtsprechung, die das Schadenersatzsystem des geltenden Sachmängelgewährleistungsrechts grundlegend ändern würde. Im Ergebnis ist daher dem besprochenen Urteil zuzustimmen.

f) Im Rahmen einer entsprechenden Gesetzesrevision wären – unter Berücksichtigung moderner ausländischer Kaufrechte sowie der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Abl. 1999 L 171/12; Verbrauchsgüterkauf-RL) – zahlreiche Punkte zu diskutieren, so auf jeden Fall eine *Verlängerung der Verwirkungs- und Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR* (z.B. auf zwei Jahre analog zur Rügebefristung gemäss Art. 39 Abs. 2 CISG [vgl. dazu auch die Parlamentarische Initiative Leutenegger-Oberholzer 06.490 vom 20. Dezember 2006]), *eine Ausdehnung der Rügefrist gemäss Art. 201 Abs. 1 und 3 OR* (z.B. von "sofort" auf "angemessen" wie in Art. 39 Abs. 1 CISG), eine Anpassung von Art. 203 und Art. 210 Abs. 3 OR an Art. 40 CISG (vgl. dazu unten Bemerkung 6d), allenfalls auch ein genereller Verzicht auf die Prüfungs- und Rügeobliegenheit beim Konsumentenkauf, die Ausgestaltung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts als relativ zwingend beim Konsumentenkauf etc. (in der vom Bundesrat bedauerlicherweise aufs Eis gelegten "Kaufrechtsrevision" [vgl. dazu BB1 2006, 685 ff., spez. 686 Ziff. 2] waren mehrere dieser Punkte enthalten). Vor allem eine Verlängerung der Frist von Art. 210 Abs. 1 OR wäre dabei ein wichtiges Anliegen; *allerdings käme eine Ausdehnung dieser Frist auf 10 Jahre, wie es die volle Alternativität von Art. 97 und Art. 197 ff. OR für den Schadenersatzanspruch des Käufers zur Folge hätte (Art. 127 OR), sicher nicht in Betracht*; eine derart lange Frist im Gewährleistungsrecht wäre selbst hinsichtlich der *Anspruchsverjährung* international einmalig (vgl. dazu etwa TH. KOLLER, *Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware*, a.a.O., 47) und in Bezug auf die *Rügebefristung* sachlich in keiner Weise vertretbar.

Zu prüfen wäre im Rahmen einer Kaufrechtsreform allenfalls aber, ob sich die Einführung von Sonderregeln über den so genannten *Händlerregress* – etwa im Sinne der §§ 478 und 479 BGB – insbesondere hinsichtlich des Beginns des Fristenlaufs rechtfertigt, um dem Zwischenhändler bzw. dem gekauften Material einbauenden Unternehmer das Risiko der Lagerzeiten bzw. der unterschiedlich langen Gewährsfristen abzunehmen (vgl. dazu statt aller etwa INGO SAENGER, § 478/479 BGB Rz 12, in: *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, hrsg. von Reiner Schulze et al., 4. A., Baden-Baden 2005). Eine solche *Ablaufhemmung* würde

faktisch auch einen Schutz des Endabnehmers bewirken, weil die verbesserte Regressmöglichkeit des Zwischenhändlers oder Unternehmers seine Bereitschaft erhöht, die dem Endabnehmer zustehenden Rechte zu erfüllen (SAENGER, a.a.O., § 478/479 Rz. 1 in fine). Im Gegenzug würde aber selbstredend ein solcher Ausbau der gesetzlichen Gewährleistungspflichten von Lieferanten *die Prämien für die Versicherung entsprechender Haftungsrisiken verteuern*. Ob eine solche Lösung im gewerblichen Bereich sinnvoll ist, sei dahingestellt; es dürfte jedenfalls nicht von ungefähr sein, dass die Sonderregeln über den Händlerregress im EU-Raum nur für Letztverkäufer gelten, die an Verbraucher liefern (Art. 4 Verbrauchsgüterkauf-RL; § 478 BGB; SAENGER a.a.O., § 478/479 Rz. 1).

Diese Überlegungen machen auf jeden Fall eines deutlich: Käuferfreundlichere Regeln wären im schweizerischen Kaufrecht nötig und in verschiedenen Formen möglich. *Im Hinblick auf die weit reichenden Folgen, die mit entsprechenden Änderungen verbunden sind, ist es aber sinnvoller, diese Aufgabe dem Gesetzgeber zu überlassen*. Eine massive Erhöhung der Haftungsrisiken von Verkäufern über eine punktuelle Rechtsprechungsänderung, wie sie die in casu von der Klägerin angestrebte volle Alternativität der Ansprüche aus Art. 97 und Art. 197 ff. OR mit sich gebracht hätte, wäre dagegen fragwürdig gewesen.

4. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es Schadenersatzansprüche des Käufers gegen den Verkäufer gibt, die der zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR unterliegen. Dies ist dann der Fall, wenn der Verkäufer dem Käufer bei Vertragsschluss eine *selbständige Garantie*, die nicht eine Eigenschaftszusicherung gemäss Art. 197 Abs. 1 OR darstellt, abgeben (BGE 122 III 426) oder eine *Nebenpflicht* verletzt hat (BGE 96 II 115). Denn in diesen beiden Konstellationen beurteilt sich der Anspruch des Käufers *ausschliesslich nach Art. 97 OR* (vgl. dazu etwa THOMAS KOLLER, 313 ff. Bemerkung 4 und 395 ff., in: THOMAS KOLLER/IVO SCHWANDER, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, St. Gallen 2004), so dass sich die Frage der Alternativität nicht stellt. In casu stand indessen weder das eine noch das andere zur Diskussion. Im Übrigen hätte die Haftpflichtversicherung der Klägerin bei einer selbständigen Garantie nicht zahlen müssen, weil es sich dabei um eine vertraglich übernommene Haftung gehandelt hätte und Versicherungsdeckung für über die gesetzliche Haftung hinausgehende Ansprüche nicht bestand. Heikler wäre eine solche Frage im Falle einer Nebenpflichtverletzung zu beurteilen gewesen. Neben- oder Nebenleistungspflichten können auf ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung oder auf (in der Regel dispositiver) Gesetzesvorschrift beruhen oder werden – und das dürfte in der Praxis der wichtigste Fall sein – vom Gericht aus Art. 2 ZGB abgeleitet (vgl. dazu etwa INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, Rz. 4.22, und TH. KOLLER, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR, a.a.O., 312 Bemerkung 2). Nach meiner Beurteilung wäre

es sachgerecht, Schadenersatzansprüche aus Nebenpflichtverletzungen haftpflichtversicherungsrechtlich als Schäden aus gesetzlicher Haftung zu betrachten. Dies müsste auf jeden Fall gelten, wenn der Verkäufer den Käufer im Rahmen der Vertragsabwicklung schädigt (positive Vertragsverletzung) oder wenn er eine falsch verpackte Ware liefert (zur Abgrenzung zwischen Sachmängeln und Nebenpflichtverletzung bei falscher Verpackung siehe BGE 96 II 115 sowie TH. KOLLER, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR, a.a.O., 313 ff. Bemerkung 4).

5. Wie den nicht amtlich publizierten Erwägungen 4 und 5 des besprochenen Urteils zu entnehmen ist, hat die Klägerin in casu zwei weitere Argumente vorgebracht, um zu begründen, dass sie der Abnehmerin ihres fleckig gewordenen Glases *von Gesetzes wegen* und nicht aus einer weitergehenden vertraglichen Abrede haftbar geworden sei oder aus blosser Kulanz die Kosten der Umglasung ersetzt habe. Beide Argumente sind – aus unterschiedlichen Gründen – bemerkenswert und verdienen eine nähere Betrachtung (nachfolgend Ziff. 6 und 7).

6.a) Bei der Behauptung der Klägerin, in Wirklichkeit habe sie als Verkäuferin gar nicht schlechtes, sondern falsches Glas geliefert (vgl. dazu die Erwägung 4 des Bundesgerichtsurteils), handelt es sich um ein typisches *"mp-Argument"* ("man probiert!"). Schon den Studierenden im ersten Semester wird beigebracht, dass man im Sinne eines *Notankers* versuchen könne, sich als Käufer auf eine *aliud-Lieferung* zu berufen, wenn man der strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheit nach Art. 201 OR nicht genügt oder die (kurze) Frist von Art. 210 Abs. 1 OR verpasst hat. Nur lernen die Studierenden auch, dass die Behauptung einer aliud-Lieferung ausser in offensichtlichen Fällen einer ausserordentlich guten Begründung bedarf und dass es nicht sehr glaubwürdig ist, sich als Letztes auf eine Falschlieferrung zu berufen, wenn man vorgängig seine Ansprüche einlässlich mit Argumenten zur Schlechtlieferung untermauert hat. Das hat die Klägerin im vorliegenden Fall übersehen.

b) Im Übrigen hätte die Klägerin auch bei besserer Begründung keine Chance gehabt, mit dem aliud-Argument durchzudringen. Eine Schlechtlieferung liegt vor, wenn die Kaufsache einen *Qualitätsmangel* aufweist, eine Falschlieferrung, wenn (mindestens) ein *Gattungsmerkmal* fehlt (BGE 121 III 453 E. 4a S. 457). Beim Spezieskauf lässt sich leicht feststellen, ob ein peius oder ein aliud geliefert worden ist (CR CO I-VENTURI, Intro. art. 197–210 N 25): Von einer Falschlieferrung kann nur die Rede sein, wenn der Verkäufer dem Käufer nicht die im Vertrag konkret bezeichnete Sache übergibt (*Identitätsaliud*). Beim Gattungskauf dagegen bereitet die Unterscheidung zwischen Qualitätsmerkmalen und Gattungsmerkmalen unter Umständen Schwierigkeiten (ebenso CR CO I-VENTURI, Intro art. 197–210 N 26). So hat sich die Rechtsprechung etwa bei folgenden vertraglichen Vereinbarungen mit dieser heiklen Frage auseinandersetzen müssen: "Aprikosenmark in Büchsen" hinsichtlich der Verpackung (BGE 69 II

97), "Kohle aus der Zeche Helene-Amalie" hinsichtlich der Herkunft der Kohle (BGE 20 S. 960 E. 6 S. 976), "Boneless hams der Marke Viles & Robbins vom Schiff British Queen" hinsichtlich des Schiffes (BGE 26 II 328 E. 2 ff. S. 332 ff.), "Jaguar Mrk X Modell 1964" hinsichtlich des Jahrganges (BGE 94 II 26) oder "Parmesan stravecchio 1929" hinsichtlich der Bezeichnung "stravecchio 1929" (ZR 1935 Nr. 124; vgl. dazu auch TH. KOLLER, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR, a.a.O., 389 f. und spez. zum letzteren Fall RAPHAEL LANZ, Die Abgrenzung zwischen Falschlief erung [aliud] und Schlechtlief erung [peius] und ihre Relevanz, recht 1996, 248 ff., spez. 252 f. bei Anm. 44; weitere Bsp. bei HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, a.a.O., 122). Solche Abgrenzungsschwierigkeiten gab es im vorliegenden Fall aber nicht: Die Verkäuferin hat mit ihrem Glas offenkundig aus der geschuldeten Gattung geliefert, nur hat das Glas mit der späteren Fleckenbildung den berechtigten Qualitätserwartungen der Käuferin nicht genügt. Wer in Verletzung von Art. 71 Abs. 2 OR eine Sache unter mittlerer Qualität liefert, liefert schlecht und nicht falsch (BGE 121 III 453 E. 4a S. 457, m.Nw.; LANZ, a.a.O., 253).

c) Von didaktischem Interesse wäre schliesslich die Frage nach der Rechtsnatur des Schadenersatzanspruches der Käuferin gegen die Verkäuferin für den Fall, dass eine Falschlief erung bejaht worden wäre. Bei einer aliud-Lief erung kommen grundsätzlich die Schuldnerverzugsregeln zum Tragen (BGE 121 III 453 E. 4a S. 458 f.). Ein Verzugs schaden steht in casu allerdings nicht zur Diskussion. Der Schaden, welcher der Käuferin aus der dem Bauherrn werkvertraglich geschuldeten Umglasung erwachsen ist, müsste im Falle einer aliud-Lief erung mit einer *positiven Vertragsverletzung* begründet werden, indem man annimmt, den Verkäufer treffe nicht nur die (positive) Pflicht zur Lief erung der richtigen Sache, sondern auch eine (negative) Pflicht, eine Falschlief erung zu unterlassen, um beim Käufer keine unnötigen Umtriebe zu verursachen. Einer solchen (stillschweigenden) vertraglichen Unterlassungspflicht wird man grundsätzlich zustimmen können.

d) In der Literatur wurde – mit guten Gründen – geltend gemacht, auf die Unterscheidung zwischen aliud-Lief erung und peius-Lief erung sei zu verzichten, zumal nun auch moderne Schuldrechte wie das UN-Kaufrecht und das BGB nach der Schuldrechtsmodernisierung die Unterscheidung nicht mehr kennen würden (ERNST A. KRAMER, Noch einmal zur aliud-Lief erung beim Gattungskauf, recht 1997, 78 ff.; DERS., Abschied von der aliud-Lief erung?, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, hrsg. von FRIEDRICH HARRER/WOLFGANG PORTMANN/ROGER ZÄCH, Zürich 2002, 247 ff.; vgl. auch HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, a.a.O., 121 f., sowie GUHL/KOLLER, a.a.O., § 42 N 62). Der vorliegende, hinsichtlich der aliud-Frage völlig unproblematische Fall sollte nun aber keinen Anlass für eine Weiterführung dieser Diskussion sein. Hier daher nur so viel: Für die Beibehaltung der Differenzierung

gibt es ebenfalls gute Gründe. *Die Regeln des schweizerischen Sachmängelgewährleistungsrechts sind, gerade auch im Vergleich zu den Leistungsstörungenrechten anderer Kaufrechte, sehr käuferunfreundlich und nicht mehr in allen Punkten zeitgemäss.* Das UN-Kaufrecht etwa, welches die Falsch- und die Schlechtlief erung an sich gleich behandelt (Art. 35 Abs. 1 CISG), entbindet den Käufer von der Prüfungs- und Rügeobliegenheit gemäss Art. 38 f. CISG, wenn der Verkäufer die Vertragswidrigkeit der Ware kannte *oder über sie nicht in Unkenntnis sein konnte* (Art. 40 CISG). Diese Bestimmung geht wesentlich weiter als Art. 203 OR, der nur bei absichtlicher Täuschung zum Tragen kommt, und dürfte dem Käufer insbesondere bei Aliud-Lief erungen von Nutzen sein (wer Wasser statt Wein liefert, kann darüber kaum in Unkenntnis sein, auch wenn man ihm keine Arglist nachzuweisen vermag). *Das UN-Kaufrecht bietet so – anders als unser nationales Kaufrecht – ein sachgerecht austariertes Leistungsstörungssystem.* Letztlich wäre es zwar Aufgabe des Gesetzgebers, das schweizerische Kaufrecht entsprechend zu modernisieren. Solange er dies aber unterlässt, kommt der Denkfigur der Falschlief erung (dort, wo wirklich ein aliud vorliegt) die *Funktion eines Korrektivs* zu, um wenigstens in krassen Fällen die unsachgemässen Härten des Sachmängelgewährleistungsrechts zu vermeiden (vgl. dazu einlässlich THOMAS KOLLER, Aliud und peius: wirklich überholt? – oder: Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR [noch] voraus haben, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, hrsg. von Heinrich Honsell/Roger Zäch/Franz Hasenböhler/Friedrich Harrer/René Rhinow, Basel/Genf/München 2004, 531 ff.; DERS., Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR, a.a.O., 391). *Anders als bei der Gewährung voller Alternativität zwischen Art. 97 OR und Art. 197 ff. OR, wie sie in casu die Klägerin anstrebte, führt die Ungleichbehandlung von aliud und peius auch nicht zu einem Widerspruch im System des Gewährleistungsrechts.* Denn Falsch- und Schlechtlief erung lassen sich – bei allen Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelnen – durchaus voneinander unterscheiden.

7.a) Aus verschiedenen Gründen schwer verständlich ist das offenbar ebenfalls vorgebrachte Eventualargument der Verkäuferin, die Käuferin habe den Kaufvertrag wegen Grundlagenirrtums angefochten (vgl. dazu die Erwägung 5 des Bundesgerichtsurteils). Zum einen scheint die Käuferin Ersatz des fleckig gewordenen Glases verlangt zu haben (jedenfalls hat die Verkäuferin gemäss Sachverhalt neues Glas geliefert). Dann hätte die Käuferin vertragliche Ansprüche geltend gemacht und damit den allenfalls irrumsbehafteten Vertrag genehmigt; sie hätte sich mithin nicht mehr auf Irrtum berufen können (vgl. dazu grundlegend BGE 127 III 83 E. 1b S. 85 f.; siehe auch 129 III 18 E. 2.3 S. 23). Zum andern ist nicht ohne weiteres ersichtlich, gestützt auf welche Anspruchsgrundlage die Verkäuferin der Käuferin bei einer Irrtumsanfechtung schadenersatzpflichtig geworden wäre. Einem *Getäuschten* steht gegen den Täuschenden grundsätzlich ein Ersatzanspruch gestützt

auf Art. 41 ff. OR zu, da eine absichtliche Täuschung immer eine unerlaubte Handlung darstellt (BGE 108 II 419 E. 5 S. 421); zudem kann er sich wahlweise auch auf culpa in contrahendo berufen (BGE 108 II 419 E. 5 S. 421 f.; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 222 f.; nur für eine Haftung gestützt auf culpa in contrahendo SCHWENZER, a.a.O., 39.36 f.). Ein Schadenersatzanspruch des Irrenden dagegen könnte ausschliesslich auf culpa in contrahendo beruhen, *und es dürfte in aller Regel nicht leicht sein, dem Irrtumsgegner einen Schuldvorwurf zu machen* (zumal der Gesetzgeber selbst von der Vorstellung ausgeht, dass eher der Irrende seinem Vertragspartner ersatzpflichtig wird [Art. 26 OR] und nicht umgekehrt). Der Irrtumsgegner schuldet dem Irrenden wohl nur dann Schadenersatz, wenn er den Irrtum des andern fahrlässig verursacht hat (SCHWENZER, a.a.O., Rz. 39.38), und das dürfte in Fällen wie dem vorliegenden (wenn ein Irrtum bejaht würde) in der Praxis kaum je vorkommen.

b) Aus didaktischen Gründen darf man indessen der Klägerin dankbar sein, dass sie das Irrtumsargument vorgebracht hat. Denn so hatte das Bundesgericht einmal mehr die Gelegenheit, klärend zur Frage Stellung zu nehmen, *ob sich der Käufer beim Gattungskauf auf Grundlagenirrtum berufen kann, wenn ihm der Verkäufer schlechte Ware liefert*. Bereits im (italienischsprachigen) BGE 94 II 26 hat dies das Bundesgericht klar abgelehnt (BGE 94 II 26 E. 1 S. 29), doch ist dieser Entscheid in der Literatur zu wenig beachtet worden. Studierende sind – wie die Erfahrung zeigt – gerne geneigt, an Prüfungen Schlechtlieferungsfälle bei Gattungskäufen auch (oder sogar nur!) unter dem Gesichtspunkt eines Grundlagenirrtums zu untersuchen. Das hier besprochene höchstrichterliche Urteil bietet eine ideale Grundlage, um im akademischen Unterricht solchen problematischen Tendenzen entgegenzuwirken.

c) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung steht in Übereinstimmung mit der Lehre (vgl. neben der vom Bundesgericht erwähnten Literatur auch etwa CR CO I-VENTURI, Intro. art. 197–210 N 9; HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Art. 197 N 314, in: Zürcher Kommentar Band V 2a, Zürich 2005; THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, Verunreinigter Paprika – ein Prüfungsfall aus dem Bereich des UN-Kaufrechts [CISG] mit prozessualen Aspekten, recht 2004, 10 ff., spez. 14 f.; BK-GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR N 61 e contrario) und überzeugt im Ergebnis. *Denn andernfalls würde jede Nicht- bzw. nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages dem Gläubiger – sofern auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind – die Berufung auf Irrtum gestatten*; damit wären die differenzierteren Regeln des Leistungsstörungenrechts (sowohl des Allgemeinen als auch des Besonderen Teils des OR) ad absurdum geführt (KOLLER/STALDER, a.a.O., 15; ähnlich BUCHER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, a.a.O., 206, der es als ausgeschlossen bezeichnet, die Möglichkeit der Erfüllung als Vertragsgrundlage zu betrachten). Schwieriger allerdings gestaltet sich die dogmatische Begründung für dieses Ergebnis. *Keine*

Mühe bereiten würde die Begründung, wenn ein Irrtum über künftige Sachverhalte ausgeschlossen wäre; die spätere Schlechtlieferung beim Gattungskauf könnte dann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein Irrtum sein. Ist aber ein Irrtum über einen künftigen Sachverhalt grundsätzlich möglich – wie nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (grundlegend dazu BGE 118 II 297) –, so liesse sich durchaus argumentieren, jeder Gläubiger dürfe nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die künftige korrekte Erfüllung des Vertrages durch den Partner als notwendige Grundlage des Vertrages betrachten. Wer würde schon einen Vertrag schliessen, wenn er von Anfang wüsste, dass das Versprochene nicht bzw. nicht richtig geleistet wird, und wer würde es dem Gläubiger verargen, wenn er so denkt? *Ob der blosser Umstand, dass in der Praxis immer wieder Schlechterfüllungen von Verträgen vorkommen, ausreicht, um feststellen zu können, dass die künftige mängelfreie Lieferung beim Gattungskauf keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden könne?* Methodenehrlicher wäre es nach meinem Dafürhalten, einen Grundlagenirrtum hier mit der einfachen Begründung auszuschliessen, dass sonst die Leistungsstörungenregeln praktisch aus den Angeln gehoben würden.

d) Dann würde sich allerdings rasch wieder die in der Lehre heiss umstrittene Frage stellen, ob nicht auch beim Speziaukauf auf die Alternativität von Willensmängelanfechtung und Sachmängelgewährleistung verzichtet werden sollte (vgl. zu dieser Problematik ausführlich BGE 114 II 131 ["Picasso-Fall"]); im Übrigen statt aller etwa SCHWENZER, a.a.O., Rz. 39.39 ff., m.Nw.). *Ob das Bundesgericht diese Konkurrenzfrage heute anders entscheiden würde, muss offen bleiben; die Ausführungen in E. 2.4.4 könnten immerhin als Andeutung für die Bereitschaft zu einer entsprechenden Praxisänderung interpretiert werden*. Allerdings wird das Bundesgericht – wie es im "Picasso-Fall" betont hat – schon aus Gründen der Rechtssicherheit seine ständige Rechtsprechung nicht leichthin aufgeben (BGE 114 II 131 E. 1d S. 139).

8. Das besprochene Urteil enthält nichts Neues oder gar Revolutionäres, sondern es bestätigt in allen Punkten die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung. Dennoch ist es wichtig, weil es verschiedene vertragsrechtliche Regeln in Erinnerung ruft und mit der Bestätigung der Rechtsprechung der Rechtssicherheit dient. Bedauerlich (wenn auch aufgrund der prozessualen Streitlage verständlich) ist bloss, dass sich das Bundesgericht bei dieser Gelegenheit nicht zu einem vollständigen Verzicht auf die Alternativität zwischen Art. 197 ff. und Art. 97 OR hat durchringen können. Nach meinem Dafürhalten gehört dieser Entscheid (mitsamt den beiden leider nicht amtlich publizierten Erwägungen 4 und 5) zur Pflichtlektüre für Studierende; aber auch Vertragspraktikern vermag er zur Auffrischung schuldrechtlichen Grundwissens dienen. Schön, dass fleckig gewordenes Glas wenigstens den Juristen zur Klarheit verhilft!